



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

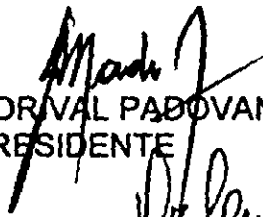
Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Recurso nº. : 152.678
Matéria : IRPJ e OUTROS/SIMPLES – EX.S.: 2002 a 2003
Recorrente : SOUZA FACTORING LTDA. - ME
Recorrida : 2ª TURMA/DRJ-BRÁSÍLIA/DF
Sessão de : 28 DE MARÇO DE 2007
Acórdão nº. : 108-09.266

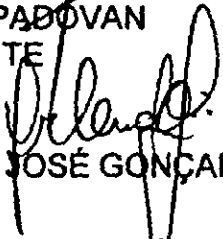
IRPJ E OUTROS - OMISSÃO DE RECEITAS – SIMPLES – ÔNUS DA PROVA - Uma vez excluído do SIMPLES, por operar, na realidade, como empresa de *factoring*, não obstante constar em seu contrato social outro objeto, por expressa proibição legal, e intimado regularmente para comprovar a origem de recursos utilizados em sua movimentação financeira bancária, nada comprovando nesse mister, não cabe inverter o ônus da presunção legal relativa do enunciado do art. 42 da Lei nº 9.430/96, posto que o fisco cumpriu todo o procedimento nele previsto para caracterizar a omissão de receitas, que deve se manter uma vez não elidida pelo contribuinte com provas em contrário.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SOUZA FACTORING LTDA. – ME.

ACORDAM os Membros da Oitava Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.


DORIVAL PADOVAN
PRESIDENTE


ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO
RELATOR

FORMALIZADO EM: 30 ABR 2007

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: NELSON LÓSSO FILHO, KAREM JUREIDINI DIAS, IVETE MALAQUIAS PESSOA MONTEIRO, MARGIL MOURÃO GIL NUNES, JOSÉ CARLOS TEIXEIRA DA FONSECA e JOSÉ HENRIQUE LONGO.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº : 108-09.266
Recurso nº : 152.678
Recorrente : SOUZA FACTORING LTDA. - ME

RELATÓRIO

Trata-se de AIIM de IRPJ/SIMPLES, PIS/SIMPLES, COFINS/SIMPLES, CSLL/SIMPLES e INSS/SIMPLES - conforme fls. 243/341, lavrado em 17/01/2006 e com ciência da contribuinte em 24/01/2006, referente aos anos-calendário de 2001 e 2002, devido a constatação de omissão de receitas obtida com base na verificação de ingressos em contas bancárias cuja origem não foi comprovada pela contribuinte, com fundamento no art. 42 da Lei n.º 9.430/96.

No período em que foi autuada, a contribuinte apresentou declarações anuais simplificadas sem movimentação, conforme fls. 222/229, fato que, para a Fiscalização, configurou crime contra a ordem tributária (art. 1º, I, Lei nº 8.137/90), gerando o processo apenso aos presentes Autos (proc. n.º 13116.000097/2006-07), haja vista esta não ter sido declaração da verdade.

Nas fls. 372/411 a contribuinte apresentou sua Impugnação aduzindo, em síntese:

Em sede de preliminar, que o art. 42 da Lei n.º 9.430/96 pretendeu criar nova definição de fato gerador, desvirtuando o disposto no art. 43 do CTN e, desse modo, transgrediu ao mandamento do Art. 146, III, da CF/88. Assim, roga pela inconstitucionalidade/ilegalidade do dispositivo, haja vista que depósitos bancários não podem configurar fato gerador do IR, porquanto não caracterizam disponibilidade econômica de renda ou proventos. Reforçando seu alegado, cita vasta doutrina e jurisprudência administrativa pertinente.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº. : 108-09.266

Aduz também a ilegalidade da aplicação da taxa SELIC para cobrança de juros moratórios, por não ter sido instituída mediante Lei e por entender que sua natureza é remuneratória.

Ademais, sustenta que a quebra de sigilo bancário sem autorização judicial é inconstitucional, pois vai contra às garantias esculpidas nos incisos X, XII e XXXV da CF/88.

Diante disso, requer a declaração de nulidade da autuação, julgando improcedente o lançamento perpetrado.

No mérito, com fundamento nos esclarecimentos prestados nas fls. 215/219, aduz estar comprovado que as movimentações bancárias que geraram a presunção de omissão de receitas são originárias de operações de *factoring*, atividade que desenvolve, em conformidade com seu contrato social.

Ademais, logrando comprovar nunca ter exercido atividade de compra e venda ou prestação de serviços, junta aos Autos (doc. 01, fls. 406/407) extrato de consulta à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás que demonstra não haver cadastro de sua empresa no órgão arrecadatório estatal.

Em face desses alegados, e sustentando que sua atividade dispensa a adoção do Livro Caixa, aduz que caberia ao Fisco averiguar nos extratos bancários de suas contas a verdadeira receita omitida, realizando o abatimento dos lançamentos a débito e a crédito e não como fez, considerando tão somente os ingressos nas contas bancárias. Sendo possível ao Fisco, pela natureza da atividade exercida pela contribuinte, alcançar a receita, de fato, omitida, não caberia a ele utilizar a presunção constante no art. 42 da Lei n.º 9.430/96.

Face à Impugnação colacionada, a DRJ/Brasília, nas fls. 433/439, manifestou-se da seguinte forma:



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº. : 108-09.266

Quanto às arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade, citando jurisprudência administrativa a respeito e com fundamento nos artigos 1º, 2º e 3º do Decreto n.º 73.529/74, alega não lhe caber adentrar a esse mérito, sendo essa uma atividade privativa do Poder Judiciário. Nesta esteira, cita Helly Lopes Meirelles, nos seguintes termos: "O agente público fica inteiramente preso ao enunciado da Lei, em todas as suas especificações (...) a liberdade de ação do administrador é mínima, pois terá que se ater à enumeração minuciosa do Direito Positivo".

Referente à quebra de sigilo bancário sem autorização judicial, aduz não ter havido ilegalidade alguma no procedimento, haja vista que o art. 6º da Lei Complementar n.º 105/01, regulamentado pelo Decreto n.º 3.724/01 prevê tal possibilidade e o art. 1º, §3º, VI da mesma Lei dispõe que não constitui violação do dever de sigilo a prestação de informações à SRF, nos termos que disciplina, como é o caso.

Nas discussões pertinentes ao mérito da autuação, rechaçadas pela Impugnante, a DRJ entendeu que as informações prestadas pela contribuinte nas fls. 215/219 limitam-se a informar que a origem dos recursos ingressados em suas contas bancárias derivam de giro do capital social da empresa e, no período de 2001 a 2003, de operações de *factoring*, sem apresentar qualquer comprovação documental das informações prestadas.

Ademais, tendo a contribuinte alegado que, em conformidade com seu objetivo social, pratica apenas atividade de *factoring*, caem por terra seus argumentos pois, além do livro Caixa ser obrigatório para tal atividade, não poderia ter optado pelo SIMPLES, tampouco pelo Lucro Presumido, estando obrigada à apuração dos rendimentos pelo Lucro Real, conforme art. 246, VI, do RIR/99. Conseqüentemente, deveria manter a escrituração dos livros Diário, Razão e de Apuração do Lucro Real – LALUR, o que, de fato, não cumpriu.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54

Acórdão nº. : 108-09.266

Diante disso, concluiu que, tendo a contribuinte descumprido com as obrigações acessórias (regra do art. 136 do CTN), não caberia à Fiscalização empreender diligência para apurar o lucro real das alegadas operações. Tarefa esta que seria até mesmo inexeqüível pois, como a própria Impugnante afirmou, sequer mantinha o livro Caixa.

Por conseguinte, negando provimento à Impugnação, a DRJ adotou-se a ementa que segue:

"Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porto – Simples

Período de apuração: 31/01/2001 a 31/12/2002

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE.

Os órgãos julgadores administrativos não são detentores de competência para apreciar arguição de inconstitucionalidade.

SIGILO BANCÁRIO.

O fornecimento de informações pelas instituições financeiras sobre a movimentação do sujeito passivo, na forma da Lei Complementar n.º 105, de 2001, não constitui quebra de sigilo.

OMISSÃO DE RECEITA. DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA.

O art. 42 da Lei n.º 9.430, de 1996, expressamente define como hipótese de omissão de receita os depósitos bancários cuja origem o sujeito passivo, após intimado, não comprovar com documentação hábil e idônea.

CSLL. PIS. COFINS.

A receita omitida constitui base de cálculo para incidência das contribuições sociais.

Lançamento Procedente."

Nas fls. 465/503, segue o Recurso Voluntário, reiterando tudo o que fora alegado em sede de Impugnação e sintetizado nos termos que seguem:

"a) a definição de fato gerador e contribuinte, criado pela Lei Ordinária n.º 9.430/96 é inconstitucional, uma vez que é matéria reservada à Lei Complementar, conforme estabelecido no art. 146 da Carta Magna;



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54

Acórdão nº. : 108-09.266

b) depósitos bancários, por si só, não configuram fato gerador do imposto de renda, porquanto não caracterizam disponibilidade econômica ou jurídica de rendas ou proventos;

c) a quebra do sigilo bancário da recorrente ocorreu sem autorização judicial em violação dos princípios constitucionais inseridos no art. 5º, incisos X, XII e XXXV da Carta Magna e em descumprimento às normas regulamentadoras insertas no Decreto n.º 3.724/01, tendo sido fundamentado apenas no art. 6º da Lei Complementar n.º 105/01, e art. 4º, §6º, do Decreto n.º 3.724/01.

d) a atividade realizada pela recorrente sempre foi a de empresa de *factoring*, sendo que todas as suas operações comerciais necessariamente eram feitas através das suas contas bancárias. Assim sendo, tanto os lançamentos a crédito (ingresso de numerário) quanto os lançamentos a débito (saídas de numerário) estavam devidamente registrados e à disposição do Fisco que poderia, se quisesse, ter encontrado facilmente a receita efetivamente omitida e passível de lançamento;

e) fosse determinada a realização de diligência fiscal para apuração do efetivo valor da receita omitida sujeita a tributação;

f) a taxa SELIC, não criada por Lei, pode ser um instrumento hábil para o mercado financeiro, mas não para matéria tributária, pois seu objetivo é de remunerar o capital investido em títulos públicos, de forma que sua incidência sobre o tributo afigura ilegal."

É o Relatório.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº. : 108-09.266

VOTO

Conselheiro ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO, Relator

O recurso é tempestivo e atendido o pressuposto para seguimento do mesmo, dele tomo conhecimento.

Essencialmente a discussão analisada nos presentes autos se cinge a comprovação sobre a origem dos depósitos bancários, nos termos do enunciado no art. 42 da Lei nº 9.430/96¹.

A autoridade de primeira instância, baseando-se nos fatos relatados pela fiscalização, bem colocou a situação infracional ora em julgamento.

Vejamos.

Quanto as arguições de inconstitucionalidades, também suscitada em sede recursal, tem razão o julgado "a quo", eis que não compete a esta autoridade administrativa de segunda instância invadir competência exclusiva, por atribuição constitucional, ao Poder Judiciário, para apreciar tais matérias, sendo defeso tal procedimento. Ou seja, que a Lei nº 9.430/96 violou preceito que estabelece ao CTN, como lei complementar, o qual fixa normas gerais de direito tributário, notadamente a fixação do fato gerador do imposto sobre a renda, sendo tal enunciação legal inconstitucional. Não cabe tal apreciação neste âmbito. Eis porque rejeito tal preliminar.

¹ Art. 42. Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº. : 108-09.266

No que se refere a quebra do sigilo bancário sem autorização judicial, também acompanho o entendimento exarado pela d. autoridade "a quo", eis porque existe a autorização do art. 6º da Lei Complementar nº 105, de 2001, como bem comentado na decisão da DRJ, a fls. 438/439, a qual me reporto para bem fundamentar o presente voto, neste aspecto.

A questão de mérito, por seu lado, não obstante a sinceridade do representante legal da contribuinte sobre a transparência de seus procedimentos comerciais, não tem o condão de elidir a presunção legal relativa do enunciado no art. 42 da Lei nº 9.430/96 por absoluta carência de provas contrárias, ou seja, o contribuinte apresenta apenas argumentos de fato e nada prova, efetivamente, sobre a origem dos depósitos e da movimentação financeira detectada pela fiscalização.

A contribuinte afirma e confessa que os valores depositados em sua conta corrente derivam de atividades de *factoring*, o que pressupõe, por sua vez, depósitos de terceiros, mas que, ainda que concedido prazo suficiente, conforme se pode verificar a fls. 253, junto ao Termo de Verificação Fiscal, nada apresentou para justificar os depósitos bancários levantados em sua conta corrente.

Com razão a autoridade de primeira instância quando afirma o seguinte (fls. 438):

"Ora, se a empresa, embora seu contrato social definisse a exploração de objeto diverso, efetivamente vinha praticando desde sua constituição apenas operações de *factoring*, cai por terra a afirmativa de que a legislação não lhe obrigava a manter escrituração sequer de livro Caixa. Na realidade, neste circunstância, não poderia optar pelo SIMPLES (Lei nº 9.317/1996, inciso XIII, alínea "e") nem tampouco pelo lucro presumido, estando obrigada a apuração do lucro real, nos termos do art. 246, VI, do

jurídica, regularmente intimado, não comprova, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº. : 108-09.266

RIR/99, e, conseqüentemente, a manter a escrituração exigida pelas leis comerciais e fiscais, mormente os livros obrigatórios: Diário (art. 258 do RIR/99), Razão (art.259, idem) e de Apuração do Lucro Real – LALUR (art.260, III, idem)."

Procede a decisão "a quo" quando deduz que, no caso em questão, o ônus da prova incumbe inteiramente ao contribuinte, a fim de elidir a presunção legal de omissão de receita. Nem se discuta mais, eis que ultrapassada a matéria sobre se tratar os depósitos bancários meros indícios de riqueza, e o são, de fato, mas após o advento da Lei nº 9.430/96, erigindo-se tais indícios como presunções legais, determinou que o encargo para desconstituir os depósitos bancários como características descritas no enunciado legal invocado como suscetíveis de tratamento como omissão de receitas é necessário comprovar a origem dos mesmos, atribuído, com efeito, tal responsabilidade ao contribuinte, com o objetivo de afastar ou descaracterizar tais indícios apontados em lei.

No caso em análise, não cabe a inversão do ônus da prova contra o fisco, pois a lei milita a seu favor, cabendo, isso sim, ao contribuinte coligir provas documentais hábeis e idôneas para demonstrar a procedência legítima de sua movimentação financeira bancária, ou melhor, o enunciado legal adota o termo "origem dos recursos utilizados nessas operações" permitindo, claramente, que apenas deve o contribuinte demonstrar a origem de tais créditos, sem exigir que o mesmo prove a legitimidade desse auferimento.

Contudo assim seja, o contribuinte apenas questionou, em tese, tal proposição legal, nada comprovando exclusivamente sobre a origem de todos os seus depósitos, apesar da afirmativa, num primeiro momento, fls. 215/216, do contribuinte de que:

"A origem dos valores que foram movimentados nas contas correntes – 098.323-4 e 099.707-3 – junto às instituições financeiras, conforme levantamento da Auditora Fiscal é decorrente de 14(quatorze) anos de trabalho com CTPS assinada (cópias anexas), prestados em agências bancárias, empresas privadas,



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº. : 108-09.266

acertos trabalhistas, serviços autônomos na intermediação de vendas de imóveis e de veículos automotores, ocasião em que decidi em comum acordo com minha esposa e filha, organizar uma empresa que pudéssemos movimentar esses valores, surgindo assim a razão social de DANIELLE REPRESENTAÇÕES LTDA-ME, que é na realidade uma factoring para aplicação de recursos no mercado comercial e industrial.”

Ainda que a origem do capital inicial tenha sido motivada pelos trabalhos profissionais da pessoa física, sócia da pessoa jurídica autuada, não apresenta qualquer prova quanto ao acréscimo de sua movimentação financeira ao longo dos anos de atividades da empresa, e ademais, com objeto social diverso do declarado, vez que consta em seu contrato social, que é o “comércio varejista de equipamentos e periféricos para computadores e prestação de serviços dos mesmos” (fls.17) quando, na realidade, afirma ser *factoring*, confessa sua opção deliberada pelo SIMPLES erradamente, vez que proibido categoricamente por enunciado legal – Lei nº 9.317/96, inciso XIII, alínea “e” – devendo adotar, por força de obrigação decorrente de lei, o regime de apuração pelo lucro real, porém novamente incidiu em desacordo com a legislação aplicável à sua situação, como bem conduzido o voto da autoridade julgadora “a quo”.

Na sua peça recursal, a fls. 491/492 a Recorrente se ocupa em descrever a quantidade de operações (créditos e débitos) em sua conta corrente, para induzir que tal o montante apurado, cerca de 1.700 lançamentos bancários, se trata de um indício suficiente a configurar que a Recorrente é uma empresa de *factoring* e não como descrito em seu contrato social, qual seja, “comércio varejista de equipamentos e periféricos para computadores e prestação de serviços dos mesmos” . Com isso quer demonstrar que a movimentação se refere as entradas e saídas de dinheiro pertencentes a terceiros e que, somente a título de comissão, poderia ser tributada nesse montante, mas nada oferece de prova efetiva quer quanto a origem de tais depósitos, quer quanto as comissões recebidas pelas supostas operações faturizadas.



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
OITAVA CÂMARA**

Processo nº. : 13116.000096/2006-54
Acórdão nº. : 108-09.266

Somente a movimentação financeira apurada em sua conta corrente bancária (extratos bancários), ainda que relevante do ponto de vista financeiro, não justifica a origem de tais créditos, necessário comprovar, realmente, a origem de tais créditos, o que não restou feito pela Recorrente. Os argumentos da Recorrente a fls. 494/496 nitidamente visam inverter o ônus da prova para impor ao Fisco a necessidade de considerar o movimento financeiro de entrada e saída nas operações bancárias como comprovação de origem de tais créditos, o que se afigura inaceitável, em face ao que diz o enunciado do art. 42 da Lei nº 9.430/96, fielmente aplicado nestes autos.

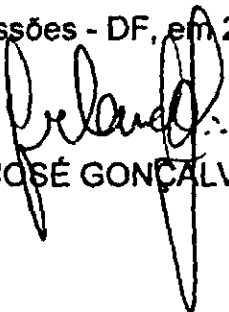
O questionamento sobre a inconstitucionalidade da taxa "selic" não merece prosperar, vez que falece competência a esse órgão administrativo para tal apreciação, exclusiva do Poder Judiciário, por expresse comando constitucional.

Assim, tendo previsão em enunciação legal (Lei nº 9.430/96), que se encontra válida em nosso sistema jurídico, sem qualquer vício que macule sua aplicabilidade como norma geral e abstrata, correta sua adoção para a exigência dos juros referidos na taxa "selic".

Diante de todo o exposto, sou por negar provimento ao recurso voluntário.

Eis como voto.

Sala das Sessões - DF, em 28 de março de 2007.


ORLANDO JOSÉ GONÇALVES BUENO 